



13001-33-33-001-2018-00146-04

Cartagena de Indias D. T. y C., doce (12) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	CONSULTA DE INCIDENTE DE DESACATO
Radicado	13001-33-33-001-2018-00146-04
Demandante	LESVIA CECILIA MARTINEZ AGAMEZ
Demandado	LA NUEVA EPS
Magistrado Ponente	JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

La Sala decide el grado jurisdiccional de consulta de la providencia del veinticinco (25) de enero de dos mil diecinueve (2019)¹ proferida por el **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA** que dispuso:

PRIMERO: Declarar en desacato a los señores ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO y HUMBERTO VENGOECHEA en su calidad de Gerente Zonal Bolívar y Gerente Regional Norte, respectivamente, de la NUEVA EPS, por haber incumplido la sentencia de tutela de fecha 26 de junio de 2018 proferida por este Despacho, la cual fue modificada por el Tribunal Administrativo de Bolívar mediante providencia del 6 de agosto de 2018.

SEGUNDO.- Imponer a los funcionarios identificados en el numeral anterior, una multa equivalente a cuatro (4) salarios mínimos mensuales vigentes, a favor de la Rama Judicial- Consejo Superior de la Judicatura. El valor de la multa debe ser consignado en la cuenta No. 3-0070-000030-4 del Banco Agrario de Colombia S.A. Informar al sancionado que conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la ley 1743 de 2014, deberá efectuar el pago de la sanción impuesta, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia

TERCERO.- Requerir a los funcionarios identificados en el numeral primero del presente auto para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de esta providencia, cumplan lo dispuesto en la sentencia de fecha 26 de junio de 2018 proferida por este Despacho, la cual fue modificada por el Tribunal Administrativo de Bolívar mediante providencia del 6 de agosto de 2018.

Adviértase a los funcionarios que la imposición de la sanción no los exonera del deber de dar cumplimiento a la sentencia

CUARTO.- Envíese este incidente en consulta al Honorable Tribunal Administrativo de Bolívar, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO.- Dentro de los diez días hábiles siguientes al vencimiento del plazo indicado en el numeral anterior, por Secretaría remítase a la Oficina de Cobro Coactivo de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Seccional Bolívar, la primera copia auténtica de la providencia que impuso la multa y una certificación en la que acredite que esta providencia se encuentra ejecutoriada, la fecha en que ésta cobró ejecutoria y la fecha en que se venció el plazo que tenía el obligado para pagar la multa.

¹ Folio 53



ANTECEDENTES

1. HECHOS

Del expediente se advierten como hechos relevantes los siguientes:

- Acción de Tutela promovida por la parte incidentante, culminó con sentencia de segunda instancia adiada 06 de Agosto de 2018, donde se dispuso:

PRIMERO: REVOQUESE el artículo primero de la sentencia de fecha 26 de junio de 2018 emitida por el juzgado primero administrativo oral del circuito de Cartagena y en consecuencia:

"Primero: DECLARAR procedente la acción de tutela respecto de la pretensión en caminata a obtener los gastos necesarios para el desplazamiento del acompañante de la señora **LESVIA CECILIA MARTINEZ AGAMEZ**".

SEGUNDO: MODIFICAR el artículo tercero de la sentencia de fecha veintiséis (26) de junio de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que tuteló los derechos fundamentales a la vida, la salud y la seguridad social, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, el cual quedará así:

"Tercero: ordenar a la NUEVA EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación del presente proveído suministre a la señora **LESVIA CECILIA MARTINEZ AGAMEZ** lo necesario para garantizar su traslado desde el lugar de su residencia hasta la IPS RTS SAS, en la cual se practicara la hemodiálisis actualmente autorizada, **así mismo garantizar los gastos de transporte para un acompañante de su familia**".

TERCERO: AUTORIZAR a la Nueva EPS suspender el auxilio de gastos de transporte si comprueba que la accionante posee capacidad económica para sufragar estos gastos y los de su acompañante.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás el fallo impugnado."

2. TRÁMITE

La señora **LESVIA CECILIA MARTINEZ AGAMEZ** actuando en calidad de accionante dentro de proceso de la referencia, formula *INCIDENTE DE DESACATO*, para que se imponga sanción a la Gerente de NUEVA EPS por incumplir la citada orden de tutela, aduciendo que "la accionada se ha rehusado de incumplir la sentencia antes señalada por lo que se ha configurado desacato, que se ha convertido en una práctica dilatoria de la accionada".

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito De Cartagena mediante providencia de fecha veinticinco (25) de enero de dos mil diecinueve (2019)²

² Fl. 24-27





13001-33-33-001-2018-00146-04

declaró en desacato a la incidentada por no haber acreditado el cumplimiento a la orden de tutela referenciada; e igualmente se ordenó enviar el expediente al Tribunal Administrativo de Bolívar, para su correspondiente trámite de consulta.

2.1 Contestación NUEVA EPS.

La parte demandada informa estar dando cumplimiento al fallo de tutela de la Sra. MARTINEZ, al respecto dice se han expedido las siguientes autorizaciones, dando así cumplimiento al fallo.

- "AUTORIZACION DE SERVICIOS N° 97824545 de fecha de 14 de noviembre de 2018, TRASLADO INTERNO REDONDO remitido al prestador TAXI EXPRESS LTDA. para los días 14, 16, 19, 21, 23, 26, 28, 30 del mes de noviembre de 2018.
- AUTORIZACION DE SERVICIOS N° 119213883 de fecha de 06 de diciembre de 2018, TRASLADO INTERNO REDONDO remitido al prestador TAXI EXPRESS LTDA. para los días 07, 10, 12, 17, 19, 21, 24, 26, 28, 31 del mes de diciembre de 2018.
- AUTORIZACION DE SERVICIOS N° 99133969 de fecha de 29 de diciembre de 2018, TRASLADO INTERNO REDONDO remitido al prestador TAXI EXPRESS LTDA. para los días 14 del mes de enero de 2019."

3. La decisión objeto de consulta

El Juzgado Primero Administrativo Del Circuito De Cartagena, el veinticinco (25) de enero de dos mil diecinueve (2019) sancionó a la Dra. **ANGELA MARIA ESPITIA ROMERO** quien tiene la calidad de Gerente Zonal Bolívar de la NUEVA EPS y al Dr. **HUMBERTO VENGOECHEA** en calidad de Gerente Regional Norte en razón al incumplimiento del fallo de tutela de fecha 26 de junio de 2018 proferido por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena y modificada por el Tribunal Administrativo de Bolívar mediante providencia de fecha seis (06) de Agosto de 2018, con multa equivalente a cuatro (04) salarios mínimos legales mensuales.

Al respecto, el juez de instancia anterior consideró que, no contando el despacho con la prueba que acredite que el servicio de transporte fue efectiva y oportunamente prestado, se concluye que no se ha dado cumplimiento efectivo a lo dispuesto en la sentencia de tutela. Alude además que en el plenario no existió una razón que justifique tal omisión, por lo que finalmente concluyó que era precedente la imposición de la sanción por desacato en la providencia antes aludida.



4. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA SALA

4.1. COMPETENCIA

Esta Sala, es competente para conocer de la consulta de la providencia veinticinco (25) de enero de dos mil diecinueve (2019) donde se sancionó a la Dra. **ANGELA MARIA ESPITIA ROMERO** quien tiene la calidad de Gerente Zonal Bolívar de la NUEVA EPS y al Dr. **HUMBERTO VENGOECHEA** en calidad de Gerente Regional Norte, con multa equivalente a cuatro (04) salarios mínimos legales mensuales, de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991³.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Habida cuenta de los antecedentes procesales de esta actuación, la Sala responderá el siguiente problema jurídico:

"¿Incorre en desacato la Gerente Zonal en Bolívar de la Nueva E.P.S., Dra. ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO y el Dr. HUMBERTO VENGOECHEA en calidad de Gerente Regional Norte de la Nueva E.P.S., por el presunto incumplimiento, tanto por los factores objetivo y subjetivo, del fallo de tutela que ordenó a la NUEVA EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación del presente proveído suministrara a la señora LESVIA CECILIA MARTINEZ AGAMEZ lo necesario para garantizar su traslado desde el lugar de su residencia hasta la IPS RTS SAS, en la cual se practicara la hemodiálisis actualmente autorizada, así mismo garantizar los gastos de transporte para un acompañante de su familia"?

2.3. Tesis de la sala

La Sala sostendrá que en el presente asunto la incidentada NUEVA EPS no ha incurrido en incumplimiento del fallo proferido con fecha 06 de Agosto de 2018 y en consecuencia revocará la sanción impuesta por el Juez de primera instancia, al no encontrar acreditado el elemento objetivo y subjetivo necesarios para la imposición de la sanción, toda vez que se acreditó durante el trámite del incidente, el cumplimiento del fallo de tutela por parte de la NUEVA EPS.

2.4. Marco normativo y conceptual

En relación con el cumplimiento del fallo de tutela, el Decreto Ley 2591 de 1991, por medio del cual se reglamentó el artículo 86 de la Constitución Política, estableció en su artículo 27, lo siguiente:

³ 1 "ARTICULO 52. DESACATO. La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

La sanción será impuesta por el mismo juez mediante tramite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción."





13001-33-33-001-2018-00146-04

"Cumplimiento del fallo. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirlo sin demora.

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y lo requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente disciplinario contra aquel. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. **El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan la sentencia.** (Resaltado fuera de texto).

Ahora bien, frente al desacato de la orden de tutela señaló la Corte Constitucional:

"Incidente de desacato y responsabilidad subjetiva. Dice el artículo 52 del decreto 2591 de 1991 que 'La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de veinte salarios mínimos mensuales, salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar'. Es, por lo tanto, una sanción y por lo mismo susceptible al debido proceso."

Es pues el desacato un ejercicio del poder disciplinario y por lo mismo la responsabilidad de quien incurra en aquel es una responsabilidad subjetiva. Es decir que debe haber negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, no pudiendo presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento..."⁴

Sobre la naturaleza jurídica del incidente de desacato, ha establecido El Consejo de Estado en materia de derechos fundamentales que:

"El incidente de desacato es un mecanismo de creación legal que procede a petición de la parte interesada, de oficio o por intervención del Ministerio Público, el cual tiene como propósito que el juez constitucional, en ejercicio de sus potestades disciplinarias, sancione con arresto y multa a quien desatienda las órdenes de tutela mediante las cuales se protejan derechos fundamentales. De acuerdo con su formulación jurídica, el incidente de desacato ha sido entendido como un procedimiento: (i) que se inscribe en el ejercicio del poder jurisdiccional sancionatorio; (ii) cuyo trámite tiene carácter incidental. La Corte Constitucional ha manifestado que la sanción que puede ser impuesta dentro del incidente de desacato tiene carácter disciplinario, dentro de los rangos de multa y arresto, resaltando que, si bien entre los objetivos del incidente de desacato está sancionar el incumplimiento del fallo de tutela por parte de la autoridad responsable,

⁴ Corte Constitucional Sent. T-763 de 1998. Exp. 161333. M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero



13001-33-33-001-2018-00146-04

ciertamente lo que se busca lograr es el cumplimiento efectivo de la orden de tutela pendiente de ser ejecutada y, por ende, la PROTECCIÓN de los derechos fundamentales con ella protegidos."

Por su parte, El Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta ha considerado que:

*"Ante una manifestación de incumplimiento formulada por alguna de las partes de la acción de tutela, el juez tiene dos posibilidades independientes, no excluyentes entre sí: 1) Iniciar el trámite tendiente a obtener el cumplimiento del fallo; e 2) Iniciar un incidente de desacato; ii) el trámite para el cumplimiento tiene como única finalidad asegurar de manera efectiva y real el acatamiento de las órdenes contenidas en la sentencia de tutela; iii) en cambio, el incidente de desacato, tiene como finalidad la de sancionar al responsable de ese incumplimiento y, iv) el trámite para el cumplimiento del fallo es de naturaleza objetiva. **Sólo interesa demostrar que la sentencia no fue cumplida en los precisos términos en que fue proferida.** El incidente de desacato, por el contrario, es de naturaleza subjetiva, ya que allí es necesario, además de demostrar el incumplimiento, determinar el grado de responsabilidad -a título de culpa o dolo- de la persona o personas que estaban obligadas a actuar en pro del cumplimiento de la sentencia⁵*

De otro lado, siendo el incidente de desacato un mecanismo de coerción que tienen a su disposición los jueces en desarrollo de sus facultades disciplinarias, el mismo está cobijado por los principios del derecho sancionador, y específicamente por las garantías que éste otorga al disciplinado. Así las cosas, en el trámite del desacato siempre será necesario demostrar la responsabilidad subjetiva en el incumplimiento del fallo de tutela.

Sobre el particular la alta Corporación ha señalado:

*"30.- Así mismo, el juez de tutela al tramitar el respectivo incidente tiene el deber constitucional de indagar por la presencia de elementos que van dirigidos a demostrar la responsabilidad subjetiva de quien incurre en desacato, **por tanto dentro del proceso debe aparecer probada la negligencia de la persona que desconoció el referido fallo, (elemento subjetivo) lo cual conlleva a que no pueda presumirse la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento (elemento objetivo).** De acuerdo con ello, el juzgador tiene la obligación de determinar a partir de la verificación de la existencia de responsabilidad subjetiva del accionado cuál debe ser la sanción adecuada – proporcionada y razonable – a los hechos¹."*

⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Auto de 22 de enero de 2009. Actor Guillermo Alberto Pulido Mosquera. C.P. Dra. Susana Buitrago Valencia.





13001-33-33-001-2018-00146-04

31.- De acuerdo con las anteriores consideraciones se tiene que, al ser el desacato un mecanismo de coerción que surge en virtud de las facultades disciplinaria de los jueces a partir de las cuales pueden imponer sanciones consistentes en multas o arresto, éstas tienen que seguir los principios del derecho sancionador. **En este orden de ideas, siempre será necesario demostrar que el incumplimiento de la orden fue producto de la existencia de responsabilidad subjetiva por parte del accionado, es decir, debe haber negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, quedando eliminada la presunción de la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento.(...)"**⁶ (Subrayas y negrilla fuera de texto).

En consonancia con lo anterior, también ha precisado que, en el momento de analizar si existió o no desacato, deben tenerse en cuenta situaciones especiales que pueden constituir causales exonerativas de responsabilidad, aclarando que no puede imponerse sanción cuando: "(i) la orden impartida por el juez de tutela no ha sido precisa -porque no se determinó quien debe cumplirla o su contenido es difuso y, (ii) cuando el obligado de buena fe quiere cumplir la orden pero no se le ha dado la oportunidad de hacerlo".

Finalmente, si existe responsabilidad deberá imponer la sanción adecuada, proporcionada y razonable a los hechos.

2.6. Caso concreto

De conformidad con el recuento normativo esbozado, la sanción objeto de consulta debe ser analizada bajo el cumplimiento de los aspectos: objetivo y subjetivo, desarrollados anteriormente, pues nuestro ordenamiento entre sus principios rectores proscribire la responsabilidad objetiva, exigiendo que sea el resultado de una acción u omisión ejecutada dolosa o culposamente por el agente, de tal manera que no sólo se debe determinar si el funcionario sancionado incumplió la orden de tutela⁸, sino además verificar la responsabilidad subjetiva⁹.

En torno al primer aspecto, se tiene que el fallo del seis (06) de agosto de 2018 dispuso lo siguiente:

"ordenar a la NUEVA EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación del presente proveído suministre a la señora LESVIA CECILIA MARTINEZ AGAMEZ lo necesario para garantizar su traslado desde el lugar de su residencia hasta la IPS RTS SAS, en la cual se practicara la hemodiálisis actualmente autorizada, **así mismo garantizar los gastos de transporte para un acompañante de su familia".**

⁶ Sentencia T-512 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

⁷ Ver Sentencias T-1113 y T-368 de 2005

⁸ Fase objetiva.

⁹ Fase subjetiva.





13001-33-33-001-2018-00146-04

Ahora bien, ante el supuesto incumplimiento de la orden de tutela, la señora LESVIA MARTINEZ AGAMEZ, solicitó iniciar incidente de desacato, el cual fue resuelto mediante providencia de 25 de enero de 2019 dictada por el Juzgado primero Administrativo del circuito de Cartagena

La mencionada autoridad judicial declaró en desacato a la Dra. **ANGELA MARIA ESPITIA ROMERO** Gerente Zonal Bolívar de la NUEVA EPS y al Doctor Humberto Vengoechea Gerente Regional Norte de la Nueva EPS, de la sentencia de 06 de agosto de 2018 y los sancionó con multa equivalente a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales.

Durante el trámite incidental la entidad Nueva EPS, mediante apoderada judicial allegó memorial dirigido al Juez de instancia anterior, en el cual expone sus argumentos para solicitar se abstenga de imponer sanción alguna, precisa, que la entidad Nueva EPS ha venido suministrando tanto el tratamiento médico, como el transporte a la señora Martínez.

Al respecto alude que se expidió la autorización relativa al Transporte de la Sra. LESVIA CECILIA MARTINEZ AGAMES, y aporta dentro de su escrito, certificados de servicio de transporte de los meses de diciembre de 2018 (f.9) y el mes de enero de 2019 (f. 10), en el cual denota la prestación del servicio de transporte terrestre interno redondo por parte de la empresa TRANS. EXPRESS LTDA. , a la Sra. LESVIA CECILIA MARTINEZ AGAMES quien estaba acompañada por NANCY MARTINEZ; con ello se afirma que, en el trámite surtido en Consulta del Incidente, ante esta judicatura tenemos que se ha materializado el cumplimiento del fallo y en consecuencia la solicitud de revocatoria a la sanción impuesta, tiene vocación de prosperar.

Por su parte, en comunicación telefónica sostenida el día once (11) de febrero de 2019, al número 314-833-8172¹⁰ por parte de la auxiliar del despacho, con la Sra. Nancy Martínez, esta manifestó que la NUEVA EPS a la fecha se encuentra a paz y salvo por concepto de transporte para la Sra. LESVIA CECILIA MARTINEZ AGAMEZ Y su acompañante, correspondientes a los meses de diciembre de 2018 y enero de 2019.

De lo aportado por la entidad incidentada NUEVA EPS, y lo manifestado por la señora Nancy Martínez, quien se encuentra acreditada como la acompañante de la señora LESVIA CECILIA MARTINEZ AGAMEZ, deja concluir a la sala, que la incidentada, dio cumplimiento a lo ordenado en sede de tutela, que en verdad la EPS ha actuado en pro de acatar el fallo de tutela, pues en momento alguno ha puesto de presente una negación a brindar dichos servicios a su afiliada y no puede endilgársele entonces, negligencia o desdén en su actuar, para que el juez de tutela deje caer sobre aquella las sanciones del caso.

¹⁰ Número telefónico que se encuentra dentro del expediente y que corresponde a la señora Nancy Martínez, acompañante en el tratamiento de la señora Lesvia Cecilia Martínez Agamez.





13001-33-33-001-2018-00146-04

Dentro de este contexto, la Sala, revocará la decisión del juez primero administrativo del circuito de Cartagena, por medio del cual se impuso sanción equivalente a multa de cuatro (4) salarios mínimos legales vigentes a la Dra. ANGELA MARIA ESPITIA ROMERO Gerente Zonal Bolívar de la NUEVA EPS y al Dr. HUMBERTO VENGOECHEA Gerente Regional Norte de la Nueva EPS, pues como lo tiene dicho la Corte Constitucional: *"(...) el incidente de desacato es un mecanismo sancionatorio que procura obtener de forma persuasiva, el cumplimiento de la orden de tutela, pero no constituye un fin en sí mismo."*¹¹

Situación que no exonera a la entidad promotora de salud para que continúe con la prestación efectiva de los servicios requeridos por la Sra. Sra. LESVIA CECILIA MARTINEZ AGAMES en aras de recibir su tratamiento médico, como lo ordenó el Juez de tutela.

De esta manera, atendiendo lo relacionado anteriormente y al verificar la ausencia de los elementos *objetivo y subjetivo*, se concluye que la sanción impuesta por desacato a la Dra. ANGELA MARIA ESPITIA ROMERO - Gerente Zonal Bolívar de la NUEVA EPS y al Dr. HUMBERTO VENGOECHEA - Gerente Regional Norte de la Nueva EPS, deberá ser revocada.

En consecuencia, al no encontrarse acreditados los elementos objetivo y subjetivo necesarios para la imposición de la sanción por desacato se revocará la sanción impuesta.

Por lo expuesto el **Tribunal Administrativo de Bolívar**

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sanción impuesta en la providencia de veinticinco (25) de enero de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, consistente en cuatro (04) salarios mínimos legales mensuales a la Dra. Ángela María Espitia Romero Gerente Zonal Bolívar de la NUEVA EPS y al Doctor Humberto Vengoechea Gerente Regional Norte de la Nueva EPS.

SEGUNDO: NOTIFICAR a los sancionados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-421 de 2003.



13001-33-33-001-2018-00146-04

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS

JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Elaboró JAMA.

Salvo voto



Cartagena de Indias, 12 de febrero de 2017

Medio de Control	Desacato de tutela
Radicado	13001-33-33-001-2018-00146-00
Incidentante	LESVIA CECILIA MARTÍNEZ AGAMEZ
Incidentada	Ángela María Espitia Romero y otro
Magistrado Ponente	JOSÉ RAFAÉL GUERRERO LEAL

Seguidamente presento las razones que me llevaron a apartarme de la decisión adoptada:

Para que proceda la sanción por desacato en tutela según el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 deben darse los siguientes requisitos: 1. Que exista una orden dada en fallo de tutela; 2. Que dicho fallo se haya notificado a la autoridad encargada de cumplir la orden impuesta; 3. Que haya vencido el plazo sin que se cumpla la orden; y, 4. Que haya contumacia en el cumplimiento del fallo.

Debe señalarse además, que en el trámite de un incidente de desacato, debe primar el derecho a la defensa, toda vez que las resoluciones que se adopten al resolver el incidente, traen consigo la imposición de sanciones de orden penal y disciplinario.

A diferencia de otras sanciones previstas en el ordenamiento, tales como las penales o disciplinarias propiamente dichas, que buscan fundamentalmente sancionar la violación de los tipos de tal naturaleza, el propósito fundamental del desacato es lograr la eficacia de la orden dada.¹

Precisamente, tratando el tema del incidente de desacato, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-766 de 1998, expresó:

¹ Cfr. Corte Constitucional: Expediente D-1411, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 52 (parcial) del decreto 2591 de 1991, Demandante: Jairo Alonso Restrepo Arango, Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ, sentencia de febrero veintiséis (26) de mil novecientos noventa y siete (1997).





"El desacato consiste en una conducta que, mirada objetivamente por el juez, implica que el fallo de tutela no ha sido cumplido. Desde el punto de vista subjetivo, la responsabilidad de quien ha dado lugar a ese incumplimiento debe ser deducida en concreto, en cabeza de las personas a quienes está dirigido el mandato judicial, lo que significa que éstas deben gozar de la oportunidad de defenderse dentro del incidente y estar rodeadas de todas las garantías procesales.

El concepto de desacato, por otra parte, según se puede leer en la norma transcrita, alude de manera genérica a cualquier modalidad de incumplimiento de órdenes proferidas por los jueces con base en el Decreto 2591 de 1991, de lo cual resulta que no solamente puede configurarse a partir de la desatención, burla o incumplimiento de lo dispuesto en el fallo de tutela sino también de la desobediencia a otras decisiones adoptadas por el juez en el curso del proceso, como por ejemplo las que ordenan la práctica de pruebas, la remisión de documentos, la presentación de informes, la supresión de aplicación de un acto o la ejecución de medidas provisionales para proteger los derechos en peligro. De la misma manera, cabe el incidente de desacato y por supuesto la sanción cuando se desobedece la orden judicial en que consiste la prevención de no volver a incurrir en ciertas conductas cuando en el caso específico hay un hecho superado o un evento de sustracción de materia".

Por otra parte, en cuanto a los límites, deberes y facultades del juez frente al incidente de desacato, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia T – 889 de 2011, Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio, señaló:

"... La esfera de acción del juez en este caso está definida por la parte resolutive del fallo de tutela, limitándose a verificar (i) a quién estaba dirigida la orden; (ii) cuál fue el término otorgado para ejecutarla y, (iii) el alcance de la misma. Sólo de esta manera puede establecerse si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa. Luego, debe verificarse (iv) si efectivamente se desconoció la orden impartida en el fallo de amparo constitucional y, de existir incumplimiento (v) se debe establecer si fue total o parcial y, (vii) las razones de la omisión con la finalidad de determinar las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho. De forma excepcional, el juez que define el incidente de desacato, con la



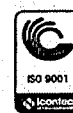
finalidad de asegurar la protección efectiva del derecho, está autorizado para emitir órdenes adicionales a las originalmente impartidas o introducir ajustes a lo decidido inicialmente, siempre que se respete el alcance del amparo y el principio de la cosa juzgada, indicando los parámetros que deben seguirse para tal efecto, así: (i) la facultad puede desplegarse cuando debido a las condiciones de hecho es necesario alterar la orden en sus aspectos accidentales (tiempo, modo y lugar), porque: a) lo decidido inicialmente nunca garantizó el goce efectivo del derecho fundamental tutelado, o lo hizo en un comienzo pero luego devino inane; b) porque implica afectar de manera grave, directa, cierta manifiesta e inminente el interés público o, c) porque es evidente que lo ordenado será de imposible cumplimiento; (ii) la facultad debe estar encaminada a lograr la realización de lo decidido en su sentido original y esencial, buscando asegurar el goce efectivo del derecho fundamental amparado; (iii) la alteración de la orden en sus aspectos accidentales está permitida, siempre y cuando sea necesaria para alcanzar dicha finalidad y, (iv) la nueva orden a proferir, debe buscar la menor reducción posible de la protección concedida y compensar dicha restricción de forma inmediata y eficaz..."

Así las cosas, es válido concluir que el adelantamiento del incidente de desacato se encuentra objetivamente justificado en el presente asunto dado que la incidentada no acató la orden impartida dentro del plazo concedido.

Por demás, la norma es clara respecto a las sanciones a que hay lugar por el incumplimiento (art. 52 del decreto 2591 de 1991 – “La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales”).

Lo anterior en vista que la sanción - multa y arresto - no es excluyente ni disyuntiva entre sí, habida cuenta que la norma establece que se deben aplicar al tiempo ambas figuras.

Caso contrario sucede en las acciones populares pues la ley 472 de 1998, art. 41, dispone que la multa puede **conmutarse** en arresto, cuando quiera que no





se pague en tiempo la sanción pecuniaria principal, pero, se destaca, en el caso de los desacatos por incumplimiento de los fallos proferidos en las acciones de tutela esta contempla una única sanción de arresto y multa (entendiéndose así por la redacción conjuntiva o copulativa de la norma).

No en vano la Corte Constitucional en sentencia C-367 de 2014 señaló con fuerza de ratio decidendi:

*"...el objetivo de la sanción de **arresto y multa** por desacato es el de lograr la eficacia de las órdenes impartidas por el juez de amparo para la efectiva protección de los derechos fundamentales reclamados por los tutelantes"* (Negritas fuera de texto)

Por ende, la única sanción que procede al decidir todo incidente en donde se verifique objetiva y subjetivamente el desacato a un fallo de tutela es la de: "arresto y multa", sin que la misma se pueda escindir a voluntad o por capricho del juzgador, siendo esa la única manera que se respeten los principios de igualdad ante la ley y de tutela jurisdiccional efectiva, según los cuales todas las personas tienen derecho a obtener una verdadera protección de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

De igual forma, según lo establecido por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-055 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, la consulta es un grado de jurisdicción que procede sin necesidad de solicitud por ninguna de las partes comprometidas en el proceso y, en ese sentido, es un mecanismo automático que lleva al juez de nivel superior a establecer la legalidad de la decisión adoptada por el inferior, generalmente con base en motivos de interés público o con el objeto de proteger a la parte más débil en la relación jurídica de que se trata. En el caso de la consulta del incidente de desacato, la situación de debilidad radica en cabeza de la persona a quien se le impone la sanción por el incumplimiento de la orden de tutela.



En ese contexto, la intención principal del *sub lite* no consiste en retrotraer las actuaciones surtidas en el trámite de instancia, sino que la finalidad del procedimiento incidental de desacato y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en caso de sanción, se contrae a verificar el incumplimiento total o parcial de la orden de tutela y analizar si la sanción impuesta es la correcta.

Ello comprende corroborar que no se ha presentado una violación de la Constitución o de la ley y asegurar que la sanción es adecuada dadas las circunstancias específicas de cada caso, en aras de prohiar el goce efectivo del derecho tutelado por la sentencia. En el evento en que el juez en consulta encuentre que no se ha incurrido en incumplimiento, es improcedente la sanción por desacato.

Igualmente, ha destacado esta Sala de Subsección en pronunciamientos anteriores², que el ámbito de acción del juez en el trámite incidental definido por la parte resolutive del fallo correspondiente, que le obliga a verificar: "(1) a quién estaba dirigida la orden; (2) cuál fue el término otorgado para ejecutarla; (3) y el alcance de la misma. Esto, con el objeto de concluir si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa (conducta esperada)"³, y en caso de existir el incumplimiento "debe identificar las razones por las cuales se produjo con el fin de establecer las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho y si existió o no responsabilidad subjetiva de la persona obligada"⁴.

En ese sentido, a efecto de constatar la responsabilidad subjetiva del obligado a cumplir la orden de tutela, es necesario que esté debidamente individualizado

² Radicado No: 25000-23-25-000-2012-00748-01, Actor: Jairo Rubiano Ayure, Accionado: Departamento Administrativo para la Prosperidad Social. Magistrado Ponente Dr. Luís Rafael Vergara Quintero.

³ Corte Constitucional, sentencia T-631 de 2008.

⁴ Ibídem.





(nombres y apellidos) para salvaguardar elementales principios del debido proceso, pues es sabido que mediante el trámite incidental no se propende por sancionar un cargo, sino a la persona que lo ostenta. Del mismo modo, es menester verificar que el fallo presuntamente insatisfecho haya sido notificado de forma efectiva al destinatario.

Una vez agotados los anteriores presupuestos, se debe correr traslado al obligado, a fin de establecer que se encuentre en ejercicio de sus funciones e indicarle la iniciación del trámite de desacato, para que ejerza su derecho de defensa.

Sobre este aspecto subjetivo es preciso resaltar, que al ser el incidente de desacato un mecanismo de coerción que tienen a su disposición los jueces en desarrollo de sus facultades disciplinarias, el mismo está cobijado por los principios del derecho sancionador, y específicamente por las garantías que éste otorga al disciplinado. Así las cosas, en el trámite del desacato **siempre será necesario demostrar la responsabilidad subjetiva en el incumplimiento del fallo de tutela**, aspecto sobre el cual se ha referido la Corte Constitucional en los siguientes términos:

"30.- (...) el juez de tutela al tramitar el respectivo incidente tiene el deber constitucional de indagar por la presencia de elementos que van dirigidos a demostrar la responsabilidad subjetiva de quien incurre en desacato, por tanto dentro del proceso debe aparecer probada la negligencia de la persona que desconoció el referido fallo, lo cual conlleva a que no pueda presumirse la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento. De acuerdo con ello, el juzgador tiene la obligación de determinar a partir de la verificación de la existencia de responsabilidad subjetiva del accionado cuál debe ser la sanción adecuada – proporcionada y razonable – a los hechos⁵."

32.- En este punto cabe recordar que, la mera adecuación de la conducta del accionado con base en la simple y elemental relación de

⁵ Cfr. T-1113 de 2005.



causalidad material conlleva a la utilización del concepto de responsabilidad objetiva, la cual está prohibida por la Constitución y la Ley en materia sancionatoria. Esto quiere decir que entre el comportamiento del demandado y el resultado siempre debe mediar un nexo causal sustentado en la culpa o el dolo."⁶ (Subrayas fuera de texto).

En los casos de la responsabilidad netamente objetiva, dicho nexo tiene una ocurrencia que evoca la relación de causa-efecto, en la que los matices son mínimos; no obstante, la diferencia con la responsabilidad que supone valorar la posición jurídica del imputado, implica las consideraciones del hecho y la caracterización de la posición material desarrollada por el sujeto.

En el caso del cumplimiento de las órdenes judiciales en sede de tutela, naturalmente que las directrices impartidas están amparadas por el desarrollo mismo de la vigencia de los derechos fundamentales, por tanto, no se duda de la condición de imperio que tienen dichas órdenes. Aun así, tampoco cabe duda en reconocer que esa posición de imperio refleja también los matices que imponen revisar el comportamiento o la posición jurídica del imputado; de ahí, que ese tipo de responsabilidades transcurra en la medida de los atenuantes y eximentes de responsabilidad basados en la conducta del sujeto.

DE LA SANCIÓN Y GARANTÍA DE EFICACIA DE LA DECISIÓN JUDICIAL

Como es sabido, la acción de tutela es concebida como un mecanismo ágil, cuyo objeto consiste en restablecer en forma inmediata el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales cuando ellos sean vulnerados o amenazados por las autoridades públicas o por los particulares en los eventos contemplados en la Ley, y culmina con una orden dirigida al autor del agravio para que cese de realizar la conducta, actuación material o amenaza denunciadas y, en caso de ser posible, vuelva las cosas al estado en que se

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-171 de 2009.



encontraban antes de la violación, o para que realice o desarrolle la acción adecuada, en los casos de denegación de actos o de omisiones.

El incumplimiento de las órdenes da lugar a las sanciones previstas en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 27 y 53 *ibídem*.

La primera de estas normas dispone que a la persona que incumpla una orden del juez de tutela incurrirá en desacato se le impondrá arresto hasta de 6 meses y multa hasta de 20 salarios mínimos legales mensuales, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar, y además señala cuál es la autoridad competente para imponerla y el procedimiento que debe agotar.

Por ende, ni siquiera el cumplimiento tardío del fallo exime para que deba cumplirse la sanción por desacato, según lo precisó el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A", con ponencia del Dr. GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, en providencia del 4 de agosto de dos mil dieciséis (2016) - Radicado número: 41001 23 31 000 2016 00063 01. Accionante: CENEN TORRES VARGAS - Accionado: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. NUEVA EPS Y OTRO.

En este sentido, la decisión adoptada tiende a convertir a la acción de tutela en un ridículo rey de burlas, máxime si la inaplicabilidad de la sanción por desacato no tiene asidero objetivo en el Decreto 2591 de 1991 y demás normas concordantes, por lo que deviene como exótica.



ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Magistrado